

C/ RACO PAULINO MELLADO CARDENAS

Delito: Robo con fuerza en las cosas en lugar habitado y sus dependencias

Rol Único: N°2101023512-7

Rol Interno Tribunal: 101-2022

Santiago, dieciséis de diciembre de dos mil veintidós.

VISTOS, OÍDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que ante esta Sala del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, se llevó a efecto el juicio oral de la causa Rol Interno **N°101-2022**, seguido en contra del acusado **RACO PAULINO MELLADO CARDENAS**, Cédula de identidad N° 15.749.157-1, 39 años, nacido el 20 de noviembre de 1983, soltero, domiciliado en calle Los Plátanos n° 4010, Comuna de Macul.

Sostuvo la acusación por el Ministerio Público, la señora Fiscal Carmen Gloria Guevara y la querellante doña Cinthia Macarena Olmos Tabilo. La defensa del imputado, por su parte, el Defensor Penal Público Pablo Rubio Meneses, todos con domicilio registrado en el tribunal.

SEGUNDO: Que la acusación contra el acusado, según el auto de apertura del juicio oral, se fundó en los siguientes hechos:

El día 13 de noviembre de 2021 aproximadamente a las 23:00 horas, RACO PAULINO MELLADO CARDENAS, se dirigió a la propiedad de la víctima María Josefina Laval Zaldívar, ubicada en Félix de Amesti n° 689, Las Condes, e ingresó a la misma escalando la reja perimetral del inmueble de aproximadamente 2,00 metros de altura, logrando acceder al patio delantero del inmueble en donde sustrajo una bicicleta marca Trek modelo Marlin 4 color gris que se encontraba apoyada en un muro situado frente a la puerta de acceso principal del inmueble, para luego salir de la propiedad también mediante escalamiento de la reja perimetral del inmueble con dicha especie utilizándola para huir del lugar.

A juicio de la Fiscalía los hechos materia de la acusación son constitutivos de 1 delito de Robo en Lugar Habitado o Destinado a la Habitación, descrito y sancionado en el artículo 440 n° 1 del Código Penal, en relación con lo dispuesto en los artículos 432, 449, 450 del Código Penal, en grado de ejecución consumado y al acusado le atribuye participación en calidad de autor, en los términos señalados por el artículo 15 N° 1 del Código Penal, toda vez que tomó parte en la ejecución de los hechos de una manera inmediata y directa.

Además, indica que le perjudica la agravante de responsabilidad penal, establecida en el artículo 12 n° 16 del Código Penal, por lo que requiere se imponga al acusado RACO PAULINO MELLADO CARDENAS por el delito de Robo en Lugar Habitado o Destinado a la Habitación, la pena de 10 años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales, en

calidad de autor del ilícito imputado, perpetrado el día 13 de noviembre de 2021 y el pago de las costas de la causa, en conformidad a lo dispuesto en el art. 45 del Código Procesal Penal. Una vez condenado se de aplicación al artículo 17 de la ley 19.970.

TERCERO: Que, en los **alegatos de inicio**, la señora **Fiscal** expuso que los hechos sucedieron como se indica en la acusación, y constituyen el delito acusado en carácter de consumado y al imputado le cabe participación como autor directo, solicitando condena sin costas.

La Querellante reitera que se logrará acreditar el robo en lugar habitado ejecutado en contra de su representada, por lo cual presentará la declaración de la víctima y demás funcionarios.

La Defensa viene en solicitar la recalificación de los hechos, señalando que declarará el acusado, quien dará cuenta que no hubo escalamiento, por ende existe un hurto ya que no hubo robo con fuerza y de las formas del artículo 440 del Código Penal. El acusado declarará en tal sentido y no hay prueba diversa que acredite la fuerza.

CUARTO: Que, con el objeto de acreditar los elementos de su imputación, el Ministerio Público presentó prueba testimonial constituida por la declaración de Cecilia González González, María Josefina Laval Zaldívar, Luis Morales Torres y de los funcionarios policiales Sergio Sánchez Ugalde, Carlos Alarcón Sepúlveda y Gerardo Cerda Vargas, más gráficas.

QUINTO: Que, por su parte, la defensa presentó como medio de defensa al acusado **RACO PAULINO MELLADO CARDENAS**, quien advertido de sus derechos, expuso que: *“el 13 de noviembre de 2021, iba caminando por Félix de Amesti a las 11 de la noche, cuando vio una sombra y una bicicleta apoyada en una reja. La casa tenía reja, fierro donde podía meter la mano, la altura era de 1,20 o 1,40, por eso metió las dos manos, la acercó hasta la puerta, piso un fierro a la altura de la chapa, y la levantó con una mano y la sacó con las dos manos, no escuchó a seguridad ciudadana y lo detuvieron a unos metros, no escuchando ruidos ni nada de seguridad ciudadana. El mide 1,89, estaba pasado del cierre, la mitad de su cuerpo arriba, cuando estaba apoyado en la puerta de acceso, la puerta era café con rejas negras, no había cierre perimetral de ladrillo. Sustrajo una bicicleta gris, marca Treck, era cara. Nunca entró a la casa, tampoco salió de la misma.*

*Se le exhibió la **Prueba material N° 2**, consistente en las fotografías **N° 2** en el cual indica que se ve la numeración 689 es una reja, al lado tiene arbustos. La reja es totalmente cerrada, no la reconoce. **N° 3** es la misma reja, no tiene fierros y la puerta está cerrada, no tiene algún lugar donde se puede ver al interior.*

*En cuanto a la **Prueba Material N° 1** que se le muestra, refiere que es una bicicleta marca Treck, es la bicicleta que sustrajo.”*

SÉXTO: Que, en los **alegatos de cierre**, la **Fiscalía** señaló que será breve porque la calificación jurídica es lo controvertido, indicando que se acreditó la vía de ingreso, de egreso y especie sustraída. Se pregunta si es verosímil la teoría del caso de la defensa en cuanto a que iba pasando y que con las manos logra subir la bicicleta por la reja, señalando que claramente conforme a las reglas de la experiencia cree que no, efectivamente nadie lo vio, pero la central de comunicaciones dice que vecinos habrían alertado de que alguien había escalado el cierre perimetral, además la nana y dueña de casa indicaron que ese cierre se mantenía cerrado, y que si había un latón interior en el portón, con fierros en diagonal que servía para escalamiento. También indicó el testigo Morales que mientras retenía al acusado de los edificios gritaban “que era él”, cuando llega lo ve saliendo del domicilio, si hubiere sido así, no lo habrían visto escalando hacia afuera.

Con la prueba testimonial y gráfica, se da cuenta que la bicicleta estaba a 4 o más metros de lejanía del portón, la nana dijo que para hacerse de ella debió haber escalado, en el evento de que no hubiera latón, a 4 metros de distancia, lo que fue dicho por todos los funcionarios, tampoco podría haber levantado la bicicleta.

Es un delito de robo en carácter de consumado, el latón interno al menos existía y también las llamadas de cenco, señalando que lo vieron escalar. La ajenidad de la cosa, se apropió con ánimo de señor o dueño, era ajena porque no era del acusado, pero estaba en posesión de los dueños de casa, es la no propiedad de la cosa mueble ajena lo que se acreditó, más que de quién está en posesión de ella.

La Querellante indicó que se acreditó la participación del acusado, con la declaración de la dueña de casa y asesora, ya que indicaron que siempre estaba cerrado el cierre perimetral y que sólo pudo haber escalado. Luis Morales vio cuando estaba saliendo del domicilio, el modo de ingreso fue a través del escalamiento, la bicicleta no estaba al lado de la reja o portón sino al menos a 4 o 5 metros del lugar , por lo que le cabe participación al acusado como autor.

El Defensor expuso que no hubo escalamiento, ya que como indicó su representado se sube a la reja y desde afuera saca la bicicleta, conforme lo que dicen los autores en cuanto al escalamiento, si el sujeto entra a medias, es decir, fractura una ventana y con su brazo saca algo, no hay robo, entonces, si introduce la mitad de su cuerpo por arriba la reja, no hay escalamiento, por lo que se trata de un delito de hurto.

Si la reja impedía ver o no, no hay prueba al lugar de los hechos, porque se toman las fotografías en enero de 2022, Josefina no recuerda si estaba el latón, si fue por este hecho o no que pusieron el latón en la reja. Cecilia González también está bastante dudosa, no se recuerda si estaba o no pero sí las puntas. María Josefina indicó que puso latón después de los hechos, porque se podía escalar. Morales dice que se veía la reja y no tenía latón, y

después dudó y fue porque le mostraron una reja con latón. Don Gerardo Cerda también indicó que el latón fue colocado después de los hechos. Morales y el acusado decían que se veía para adentro, en este punto no se probó más allá de toda duda razonable la acusación y que no se podía ver hacia adentro y por eso la tesis sería inverosímil. Morales dijo que si se podía ver hacia adentro.

¿Dónde estaba la bicicleta? el dueño no vino y tampoco el amigo del mismo, don José Agustín o a qué hora salió ese día, al momento de los hechos, no estaba, y los testigos no estaban de acuerdo en el lugar donde se supone porque ninguno la utilizó, de acuerdo a lo que señala Morales, cuando entrevistan a la asesora, dijo que estaba a la mitad, entre el portón y la puerta, Josefina y Cecilia González estaría al lado de la logia, Cecilia dijo a medio camino entre la puerta y el portón. El acusado es alto y dice que la bicicleta estaba cerca y la toma y tira para arriba.

Luis Morales dice que ve a la persona saltando y tocando con sus pies el suelo y justo atravesaba la reja por arriba, dijo que se subió a la reja, la saca y después sale él, justamente lo que vio Luis Morales, la bicicleta ya estaba afuera, coincide lo señalado con el acusado, no se puede suponer que venían del otro lado, esto coincide con lo expresado por el acusado. Existe prueba de la sustracción, no del escalamiento. El grado de desarrollo es frustrado, de hecho Morales ve cómo va sacando la bicicleta para huir en ella y lo detiene a pocos metros.

Replica la fiscal, diciendo que lo señalado por Morales, la nana y dueña de casa es que desde el portón no se podía ver hacia adentro, el hijo no usaba esa bicicleta, ¿es lógico pensar que esta afirmada en la entrada de la casa? Si estaba ahí 15 días, fue sacada del cierre perimetral y huyó metros con ella. Morales dice que lo vio saltar del interior al exterior. Si hubiere sido real este llamado mentiroso que recibió el funcionario municipal, y miente este y el carabinero que lo escuchó. Por eso insiste en la condena por el delito acusado.

La Querellante dice que si no hubiera existido latón, hay que descartar que la bicicleta estaba a 4 metros, si estaba al lado de la reja, está fuera de la lógica que sólo la subió con las manos, no es sola la fuerza de las manos, además soslayar las rejas del portón.

La Defensa replica que tanto la dueña como la asesora del hogar caen en contradicciones desde cuando se pusieron los latones, no existe certeza en el punto. No hay constancia de la llamada de Cenco o registro de lo mismo. Morales corrobora la versión del acusado, ya que él declaró que lo ve saltar, con los pies en el suelo y huir, y se recalifique a hurto.

SÉPTIMO: Que si bien la defensa cuestionó la calificación jurídica del hecho, el tribunal compartió la efectuada por el Ministerio Público, en orden a constituir aquél un delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, previsto en el artículo 440 N° 1 en relación al

artículo 432, ambos del Código Penal, por cuanto, se acreditó que la sustracción de especies se realizó a un costado de la logia del inmueble afectado, dependencia que conforme expresó la dueña de la propiedad y asesora del hogar -que se encontraba en la casa- accede al interior del inmueble a través de la cocina, circunstancia que llevó al tribunal a calificarlo como habitado, sumado a que no se acreditó la versión del acusado, esto es, que la bicicleta se encontraba próxima a la entrada de la casa, específicamente al lado del portón, y que le bastó el haberse encaramado por encima de la reja para tomarla y sacarla al exterior, determinándose que sí hubo escalamiento por parte del acusado.

En efecto, la versión del acusado siquiera generó duda alguna en el tribunal, desde que todos los deponentes señalaron que la bicicleta no se encontraba en la entrada del inmueble, al otro lado del portón, sino a varios metros del mismo, haciendo inverosímil la factibilidad de su tesis, aun cuando se encontrare el portón sin un latón que permitiera ver desde el exterior al interior de la casa.

OCTAVO: Que habiendo determinado el injusto a analizar, el tribunal verificó que se probaron todos los elementos propios del delito de robo con fuerza en las cosas del artículo 440 N° 1 del Código Penal, estimando que el ilícito se verificó en carácter de frustrado.

Así, en cuanto a la **ajenidad, preexistencia de dominio y apropiación de las especies objeto del ilícito**, se estableció con el mérito de la declaración de la propietaria del inmueble y de la asesora del hogar que se encontraba al momento de los hechos, quienes indicaron que un sujeto ingreso al inmueble y sustrajo una bicicleta marca Treck, cuyo dueño era el amigo de un hijo de la primera, quien la dejó en el inmueble aproximadamente un par de semanas atrás.

En efecto, compareció la trabajadora del hogar, doña **Cecilia Rossana González González**, quien expuso que: *“el 13 de noviembre de 2021, a las 11 de la noche , se encontraba en la casa donde trabaja en la comuna de las Condes, mientras estaba sola en su pieza. Refiere que la casa tiene una reja de pandereta, no se ve de afuera, es de ladrillo que van para arriba, el portón es de latón y no hay reja que se pueda ver hacia adentro. El cierre es más alto que ella y se pone de pie -mide aproximadamente 1,50cm, según apreciación del tribunal- indicando que la pandereta es del porte de ella, más un brazo de alto. El cierre perimetral estaba cerrado, con cierre automático, se abre desde adentro con citófono, apretando el botón. No existe ningún hoyo u orificio, ese día dejó cerrado todo, estaba en su pieza cuando le tocaron el timbre los de los autos rojos, de “paz ciudadana” (sic), y le preguntaron por una bicicleta si era del domicilio, esto fue por citófono, ella salió y le preguntaron por la bicicleta que le mostraron, si era de ellos, por lo que fue a ver al fondo de la casa, en la logia donde está el lavadero y les dijo que si era de ellos. Abrió la puerta con la llave y salió a hablar con ellos. Estaba en la pared de la logia la que se ve de la calle, alguien por fuera no logra ver, por arriba de la pandereta si se puede ver. La bicicleta estaba en la*

logia, donde está el lavadero, al que se va por dentro por la cocina, están separados por una puerta. La bicicleta es gris, no les dio el valor de la misma.

Se le exhibió la **Prueba Material N° 2**, consistente en las fotografías **N° 2** en la cual se ve la parte de afuera de su domicilio, se ve la pared de ladrillo y el portón de latón. **N° 3** se ve lo mismo, más grande, la pandereta es de ladrillo y el portón de fierro con latón. La **Prueba Material N° 1** es una bicicleta color gris.

No se acuerda si el latón se lo colocaron después de estos hechos, las puntas estaban colocadas de antes. La bicicleta es de un amigo de los niños de la casa, era común que la dejara en ese domicilio, no sabe dónde vive, no se recuerda el nombre del amigo. En noviembre del año pasado vivía un niño, tenía 26 años, hace varios días que la bicicleta estaba en la casa, no la ocupaba nadie de la casa. “

Por su parte, este testimonio fue coincidente con lo expresado por **María Josefina Laval Zaldívar**, quien expuso que el 13 de noviembre de 2021, alrededor de las 11:30 de la noche la llamaron , ocurrió en su casa en la comuna de Las Condes, en donde estaba Cecilia González González que trabaja en su casa. Ella estaba en un matrimonio, salió junto a su marido temprano antes de las 8 de la noche, la llamaron para indicarle que entraron a robar a su casa y que estaban todos bien, sólo se habían robado una bicicleta. Cuando volvieron a la casa ya no había nadie, había pasado todo, estaba Cecilia, quien les contó lo que había pasado. La casa tiene una muralla y un portón eléctrico, es todo el frente de la casa, mide un poco más de dos metros, el portón tiene el ancho para que entre un auto, se ingresa al estacionamiento que tiene un largo donde caben dos autos y medio, y a continuación viene una muralla. El portón es de fierro, es una placa, con perfiles, hoy en día pusieron esta placa por ambos lados, no se ve del exterior al interior, alguien tendría que saltar y mirar, quizás por el costado se podría ver, pero no al final, sino el costado. El portón tenía una placa, después de esto, le pusieron otra placa para que no pudiera escalar y pinchos que tampoco había. Por la calle no se ve a través de la pared de ladrillos, cuando salieron, el portón estaba cerrado y Cecilia a cargo, se abre con una llave por la puerta y el portón es eléctrico, después de la entrada de auto, al fondo, la bicicleta estaba adosada en la muralla de la logia, y después de un metro esta la puerta de acceso a la casa. Hay dos entradas a la casa, la principal y por la logia. Supo que sólo se habían entrado a robar la bicicleta, gris marca Treck, que era de un amigo de su hijo, estaba un par de semanas por lo menos. El avalúo de la bicicleta, cree \$400.000 por la marca más que nada.

Se le exhibió la Prueba material N° 2, consistente en las fotografía **N° 3** que es el portón de la casa y la muralla. El portón está al lado izquierdo tiene inserto una puerta de acceso que se abre con la llave o con el portón, está el muro de ladrillo. El portón es de fierro y tiene pinchos hacia arriba. El Set **N° 1** es la bicicleta Treck, como no es suya, asume que es la referida, porque era gris.

La fotografía del portón es posterior al hecho, ya que había un latón y unos perfiles en diagonal que se veían por fuera, cuando pasó esto, revisaron y era fácil, pararse y mirar o escalar, por eso le pusieron la lata por fuera, y ahora es muy difícil hasta cerrar la puerta. Este hecho te deja con temor, por ser vulnerable, es distinto un robo en la casa que ocurra al estar dentro de tu casa, que es el lugar seguro, le dio mucha pena por Cecilia que estaba descompuesta, vulnerable, insegura, la bicicleta estaba muy adentro de la casa, ella ni siquiera se dio cuenta.

La muralla sí tenía puntas, el portón no al momento de los hechos, cree que no tenía esta lata por fuera, pero por dentro sí, las puntas eran de 8 cm, esa fue la variación entre lo que había y hoy, hay unos 3 cm entre el portón y el muro, hay una visión diagonal, pero no se alcanza a mirar al fondo. Los perfiles no eran rectos, estaban perpendicular (hace gestos en diagonal) la bicicleta era de un amigo de su hijo. Su hijo vivía en el domicilio, pero no estaba ese día, no vio cuando salió de la casa. Su hijo es José Poblete Laval, llegó después del hecho, el dueño no llegó. Según le explicó Cecilia ella estaba lista para costarse, sonó el timbre, atraparon una persona que sacó una bicicleta de la casa, fue a mirar y ahí vio la bicicleta, la pudo reconocer, pero no sintió nada.

Su casa tiene un estacionamiento de autos, caben dos autos y uno chico, entrando a mano derecho hay un alero, y esta la puerta principal de la casa, al final del estacionamiento choca con un muro de la logia y hay un acceso de servicio, la bicicleta estaba en el estacionamiento al fondo apoyada en el muro de la logia.

*De esta manera, la propietaria y la ocupante del inmueble dieron cuenta del origen de la especie, del lugar donde se encontraba, de la sustracción de la misma y cómo fue devuelta por funcionarios municipales, todo lo cual fue ratificado por el funcionario municipal **Luis Leonardo Morales Torres**, quien llegó al lugar viendo a un sujeto que salía por el muro perimetral del domicilio de doña María Josefina Laval, el cual retuvo mientras llegaba Carabineros. Así Morales Torres, expresó que “el 13 de noviembre de 2021, a las 23.00 horas, escuchó por la central un procedimiento en las Condes, se inició por una llamada indicando que había un hombre que ingresó a un domicilio saltando el muro perimetral, estaba cercano al lugar por lo que al llegar a la intersección de las calles, vio al individuo saltando del interior al exterior, saltando con una bicicleta ploma, luego se fue por Albacete donde logró alcanzarlo y retenerlo. Fue sindicado en la llamada de la central y por vecinos mientras esperó la presencia de carabineros, dando cuenta de los hechos. No sabe quién llamó, es anónimo, al 1402. Reconoció al acusado como el que detuvo ese día.*

La bicicleta la tenía puesta en el piso cuando llegó, afuera del domicilio, lo ve cayendo desde adentro hacia afuera, si lo vio y pasó al lado suyo, anda en motocicleta con logo corporativo, roja con cuadros azules y blanco, él vestía de uniforme negro y chaleco antibalas y polera

negra. Le dieron el comunicado a la central para informar a Carabineros. En el domicilio estaba la nana ese día, el inmueble tenía un cierre de dos metros y algo más, ella salió porque la llamaron por el citófono, la puerta estaba cerrada, el muro perimetral era blanco, la puerta y el portón vehicular eran de reja negra, del portón hacia dentro se podía ver porque era de reja, no recuerda si tenía latón. Carabineros hizo el procedimiento al interior de la casa e individualizó a la nana. La bicicleta estaba a un costado del ingreso, entre el cierre perimetral y el acceso principal, debía estar a unos 6 metros de la entrada principal, no recuerda que haya dicho que la bicicleta estaba afirmada al cierre perimetral.

Se le exhibió **Prueba Material N° 2**, consistente en la fotografía **N° 3** observa un muro blanco perimetral, no está seguro si tenía el latón. Set **N° 1** es la bicicleta ploma que reconoció la nana y después la dueña de casa.

No recuerda si al momento de los hechos, tenía latón porque estaba abierto y era de noche.

El sujeto fue detenido a una cuadra del lugar dando cuenta a la central, acudió al domicilio junto con Carabineros. Ve a la persona saltando del interior al exterior, la bicicleta ya estaba afuera de la casa, después lo detiene. Había gente de los edificios que gritaban “ él es” cuando lo tenía detenido, escuchó la declaración de la asesora del hogar pero a distancia, señaló que la bicicleta estaba en ese pasillo entre el portón y la entrada, cree que después llegó el dueño de la bicicleta. “

Respecto del **ánimo de lucro y el de apropiación**, se evidencio principalmente por el objeto material de la apropiación, constituida por una bicicleta según se observó de la **Prueba Material N° 1**, permitiendo inferir así el fin lucrativo perseguido por el autor.

Por su parte, la **fuerza empleada** para acceder al inmueble en el caso de marras, fue por **vía de escalamiento**, circunstancia que el tribunal dio por acreditado, ya que según expresó el funcionario municipal **Morales Torres**, si bien no recordaba la existencia de un latón en el portón, doña María Josefina Laval fue categórica en señalar que al menos el latón interior del portón si estaba el día de los hechos, reconociendo que en la fotografía **N° 3 de la Prueba Material N° 2** el portón figura liso porque le colocaron un segundo latón por el exterior, no recordando si fue después de este hecho, porque había sufrido otros asaltos, pero señalando expresamente que precisamente la existencia de este latón por la parte interior de la casa, permitía el fácil escalamiento al tener dos perfiles diagonales, y que actualmente se subsanó precisamente con este segundo latón por la parte exterior.

Dicha gráfica junto a la **N° 2 de la Prueba Material N° 1**, da cuenta que el portón es absolutamente liso sin posibilidad de escalamiento, pero entendiendo que al momento de los hechos sólo mantenía un solo latón y que fue precisamente esta circunstancia la que permitió trepar por el mismo, pues también se observa en las gráficas, que el resto de la protección es

un muro de concreto donde se dificulta su vulneración, aumentando la posibilidad de haber ingresado por el mismo portón de fierro.

A lo anterior, se suma que la ubicación de la bicicleta en el interior del inmueble, es siempre ubicada lejos de la reja en cuestión, así, el funcionario municipal la ubica a unos 6 metros de la entrada del portón y no en forma inmediata al acceso de la casa como refirió el acusado, pues cabe recordar que según éste, sólo se encaramó con medio cuerpo arriba de la reja jalando la bicicleta desde el interior al exterior, no constituyendo el escalamiento del N° 1 del artículo 440 del Código Penal.

De esta manera, su versión no se dio por acreditada, porque los funcionarios de Carabineros fueron contestes con el funcionario municipal en el lugar donde se encontraba la bicicleta al interior del inmueble como también que la estructura del portón permitía saltarlo ya que tenía dos fierros longitudinales y por último, el haber escuchado que al funcionario municipal se le dio un comunicado radial de un sujeto ingresando al domicilio saltando el muro perimetral.

En efecto, así fue expresado por el Cabo Segundo de Carabineros **Gerardo Gabriel Cerda Vargas**, quien realizó diligencias en el lugar y si bien exageró en la distancia donde se encontraba la bicicleta, claramente señaló que estaba en su interior y no en la entrada del mismo, añadiendo que la reja permitía el escalamiento. Así manifestó que: *“realizó diligencias de un procedimiento el 12 de enero de 2022, sobre el robo de una bicicleta al interior de un domicilio, fijaron el exterior, el lugar donde estaba la especie, el relato de lo que sucedió y el lugar en que ingresó, desde la reja del domicilio al lugar donde se encontraba la bicicleta eran aproximadamente 20 metros. No recuerda si las puntas de la reja fueron instaladas después del hecho, las placas de metal del portón no recuerda si fueron instaladas con posterioridad al hecho, habló con la dueña de casa y la asesora del hogar.*

Refrescada memoria sobre *“el informe realizado de fecha 12 de enero de 2022, sobre la fotografía N° 3 que es el cierre perimetral del domicilio una parte de concreto y el resto metal. “Lugar en que según versión de la víctima ingresa el individuo, en el que al momento del robo, las placas de metal que se aprecian cubriendo el portón no se encontraban instaladas al igual que las puntas de metal, que se aprecian en la parte superior del cierre perimetral, en su lugar había dos fierros dispuestos de forma longitudinal que dan soporte al portón siendo estos usados a modo de escalera, el sujeto logro escalar la reja e ingresar al domicilio.” Esto es la parte exterior del domicilio.*

Por su parte, el Sargento Primero de Carabineros **Sergio Antonio Sánchez Ugalde**, funcionario policial que llegó el día de los hechos a tomar el procedimiento del sujeto detenido por civiles, manifestó que: *“el 13 de noviembre de 2021, a las 23:20 horas, mediante un comunicado radial le manifestaron que había un procedimiento en las Condes, manifestando que había un detenido por robo de un domicilio y que personal municipal mantenía detenido. Entrevistó al funcionario municipal de apellido Morales, que señaló haber sorprendido al*

detenido saltando la pandereta hacia afuera de la casa con una bicicleta, posteriormente salió una víctima que era la empleada reconociendo la bicicleta. El funcionario municipal también recibió un comunicado que decía que había un sujeto adentro del domicilio, saltando hacia el interior. El cierre de la casa era un portón negro, aproximadamente de 2 metros, el resto del cierre eran matorrales.

El portón era de color negro de latón, no se podía ver desde el interior de la casa, el domicilio estaba cerrado, se le tocó el timbre y reconoció la bicicleta que estaba al fondo del domicilio, la distancia eran unos 4 o 5 metros, el detenido era Raco Cárdenas Mellado, a quien reconoció en juicio. La comunicación radial era que los municipales tenían un detenido, el sujeto estaba detenido al exterior del domicilio y la empleada estaba afuera reconociendo la especie. El portón estaba un poco abierto en ese momento, unos 20 cm, se abría de corredera, el otro cierre eran matorrales, no se podía ver hacia adentro. No tenía puntas de tiburón el portón, la asesora no se había percatado de la sustracción. También entrevistó a la dueña de casa, le tomó declaración.”

Más allá que el funcionario municipal y uno de los Carabineros no recordará la existencia o no de un latón en la reja, lo cierto es que de acuerdo a sus declaraciones, la versión del acusado de haber tomado la bicicleta con sus manos desde el exterior y desde arriba de la reja se abandona, precisamente porque todos los deponentes ubican la especie a varios metros del lugar, y la reja sí permitía el escalamiento a la época de los hechos, sumado a que el resto del cierre constituye un muro de concreto, volviéndose imposible la hipótesis de constituir una apropiación sin la vulneración de las barreras de protección del inmueble, aunado a que conforme a los testimonios de oídas sobre una denuncia de un sujeto ingresando por el muro perimetral, permitió determinar la existencia del escalamiento.

Por último, en cuanto al grado de desarrollo de la conducta, se estableció en carácter de **frustrado**, ya que, el apoderamiento de las especies no se perfeccionó debido a la llegada del funcionario municipal, quien concurrió al inmueble encontrando al acusado Cárdenas Mellado bajando del muro perimetral con la especie, logrando detenerlo a metros del lugar impidiendo perfeccionar el ilícito, ya que desde el momento en que fue sorprendiendo saltando el muro, se vio impedido de hacerse de la especie, siendo aprehendido casi en el lugar.

La hora, fecha y lugar del hecho, se estableció con los dichos de todos los testigos deponentes e incluso acusado, quienes fueron coincidentes en lo esencial, en haberse cometido una sustracción de especies frustrada en el inmueble referido de la comuna de Las Condes, el día 13 de noviembre de 2021 alrededor de las 23:00 horas.

En consecuencia, la prueba antes analizada, permitió superar el estándar probatorio, para dar por acreditado, más allá de toda duda razonable el siguiente hecho:

“El día 13 de noviembre de 2021 aproximadamente a las 23:00 horas, **RACO PAULINO MELLADO CARDENAS**, se dirigió a la propiedad de la María Josefina Laval Zaldívar , en la comuna de Las Condes, e ingresó a la misma escalando la reja perimetral del inmueble, logrando acceder al patio delantero de éste donde sustrajo una bicicleta marca Trek que se encontraba apoyada en el muro de la logia de aquél, para luego salir de la propiedad de la misma forma con dicha especie, siendo sorprendido por un funcionario municipal.”

Los hechos antes descritos configuran el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, contemplado en el artículo 440 N° 1, en relación con el artículo 432 del Código Penal, encontrándose en grado de desarrollo frustrado, toda vez que la acción del hechor, de apoderarse de la especie mueble, no se perfeccionó al ser evitada por la actuación de terceros.

NOVENO: Que la **autoría del acusado Raco Mellado Cárdenas** en el hecho precedente, se determinó con la prueba ya indicada, erigida fundamentalmente con la declaración del funcionario municipal Luis Morales que sorprendió a aquél en el muro perimetral del inmueble, con la especie sustraída, sumado a la propia confesión que hizo, al expresar con detalle su intervención de manera directa e inmediata, y que si bien no admitió el escalamiento con una tesis adversa, reconoció su participación en un ilícito, lo que claramente se circunscribe en calidad de autor, conforme al artículo 15 N° 1 del Código Penal.

DÉCIMO: Que, en la **audiencia de determinación de pena**, la **Fiscalía** del extracto de filiación y antecedentes del acusado, invocó la causa Rit 2894-2018 del 4° Juzgado de Garantía de Santiago, en que fue condenado con fecha 29 de noviembre de 2018, por el delito de robo en lugar habitado, a la pena de 3 años y un día. Pena cumplida el 18-10-2021, por hechos similares en que sustrajo bicicleta marca Trek según copia de sentencia ejecutoriada que incorpora, solicitando se aplique la circunstancia modificatoria del artículo 12 N° 16 del Código Penal.

Añade que no existe circunstancia atenuante del artículo 11 N° 9, porque el acusado no esclarece los hechos, solicita la pena de 7 años, conforme a la regla segunda del art 449 del cp.

La querellante se adhiere a los dichos del Ministerio Público y solicitud de pena, no hay 11 N° 9 y sí 12 N° 16, ambos del Código Penal.

La Defensa solicita atenuante del 11 N° 9 porque declaró y no discutió su participación y todo el juicio se redujo a si hubo o no escalamiento.

Solicita no se haga aplicación del artículo 449 del Código Penal porque se ha condenado en carácter de frustrado, ya que la norma sólo se aplica a los autores consumados, porque el artículo 50 del Código Penal indica que las penas corresponden al delito consumado. Asimismo, solicita se compense la circunstancia agravante con la

atenuante y por la mínima expresión del mal causado, ya que la especie fue recuperada y la asesora ni siquiera se dio cuenta del hecho, solicita el mínimo de la pena, más abono de todo lo que ha estado privado libertad, sin costas

UNDÉCIMO: Que en cuanto a las **circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal**, el tribunal acogerá a **la circunstancia atenuante establecida en el N°9 del artículo 11 del Código Penal**, esto es, de colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos, por cuanto, el acusado si bien no reconoció el escalamiento, reconoció el resto de los elementos del injusto penal y más aún su participación como autor, dando mérito y gravedad a la prueba de cargo, corroborando la sindicación que lo incriminó, y llevando al tribunal a obtener una convicción contundente en su contra, facilitando la obligación de prueba del Ministerio Público y cumpliéndose así, con los objetivos de la circunstancia atenuante alegada, pues ésta, bajo la redacción que le confirió la Ley 19.806 del año 2002, parece admitir una interpretación más laxa en las formas de colaboración con la justicia, no exigiendo una confesión por parte del acusado, en el entendido del tipo penal y su participación -como si lo hacía la antigua normativa- sino un aporte que facilite la acción del órgano persecutor en su obligación estatal de probar una acusación.

En efecto, el fundamento de tal minorante es de tipo utilitaria, esto es, ayudar en la tarea de hacer justicia, así como señala *Enrique Cury, en su libro de Derecho Penal, parte general, pág 496*: no es del todo extrañar “*un cierto carácter indiciario de una exigibilidad disminuida cuando el imputado colabora con la investigación*”. En consecuencia, el fundamento de dicha atenuante para una mejor avenencia con el nuevo sistema procesal penal recae en razones de política criminal, consistente en auxiliar en cierta forma al órgano persecutor y proveer una mayor convicción jurisdiccional en el juzgamiento., circunstancia que ocurrió en el caso *sub judice*, desde el inicio de su detención.

Por otra parte, se acogerá la **circunstancia agravante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 12 N° 16 de Código Penal, en perjuicio de Mellado Cárdenas**, en virtud de la condena anterior dictada en contra del inculcado por idéntico injusto, de fecha 29 de noviembre de 2018, en causa Rit 2894-2018 del 4° Juzgado de Garantía de Santiago, en que fue condenado a la pena de 3 años y un día, de presidio mayor en su grado mínimo por el delito de robo con fuerza en lugar habitado, no encontrándose prescrita, al haber sido juzgado por hechos ocurridos el 05 de abril de 2018, según consta de la copia ejecutoriada de la sentencia incorporada.

DUODÉCIMO: Que, respecto de la **alegación de la defensa**, de no aplicar lo dispuesto en los artículo 449 del Código Penal al acusado por tratarse de un delito en carácter de frustrado, el tribunal acogerá dicha argumentación al compartir que lo dispuesto en el artículo 449 del Código Penal, en el caso que nos ocupa no resulta aplicable, ya que se está en

presencia de un grado imperfecto del delito, estimando que la norma citada, sólo resulta pertinente cuando se trata de un delito de robo en carácter de consumado.

En efecto, la citada norma, en virtud de la ley 20.931 de fecha 05 de julio del año 2016, estableció reglas especiales para la determinación de pena para los delitos que se encuentran bajo el título IX del Código Penal “Crímenes y Simples Delitos contra la Propiedad”, excluyendo la general aplicación para todos los injustos de los artículos 65 a 69 de ese mismo cuerpo legal, manteniendo algunas salvedades a dicha excepción, según la propia norma lo indica.

Ahora, teniendo presente el carácter excepcional y gravemente punitivo que presenta el artículo 449 del Código Penal, es el adjudicador quien se ha visto en la necesidad de apartarse de una interpretación simplista de la norma, para progresar en una traducción acorde a la lógica y al sentido natural y obvio de las palabras, todo ello, dentro del contexto *in bonam parte* que postula el derecho penal.

En este orden de ideas, el tribunal estima que las especiales reglas que señala el artículo 449 del Código Penal se aplican sólo a los autores de delitos que alcancen su grado perfecto de ejecución, y no así al iter fraccionado del injusto, como tampoco a los otros partícipes en la realización de dicho injusto.

Para arribar a tal conclusión, el tribunal apeló a una interpretación literal y sistémica de dicha norma, por cuanto aquella comienza con el rezo “... y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan: Primera: Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley **como pena al delito**”.

De esta forma, se entiende que cuando la ley prescribe “*la pena asignada al delito*” se está refiriendo a la pena asignada al delito **consumado**, por cuanto así expresamente y dentro de esta línea consecuente el **artículo 50 del Código Penal** lo prescribe. En efecto, esta norma refiere “ A los autores de delito se impondrá la pena que para éste se hallare señalada en la ley. **Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado**”. Precisamente esta última frase es la base para argumentar que el artículo 449 sólo cabe aplicarlo a un delito consumado, porque la ley cuando se refiere a la pena del delito, entiende que es al que se encuentra en grado consumado y no así a otros grados imperfectos como tampoco a otros partícipes fuera de la autoría, ya que siendo una norma que exaspera el castigo en relación a la penalidad habitual para el ilícito en cuestión, debe dársele un sentido acotado y proporcional, interpretación que ha operado por este tribunal en conformidad a los principios rectores del derecho penal.

Así las cosas, el tribunal entiende que la norma del artículo 449 del Código Penal, sólo se aplica a los autores de un delito consumado, y no cómplices o encubridores como tampoco a autores de delitos tentados o frustrados, como es en el caso que nos ocupa.

Por lo demás, en este mismo sentido se ha pronunciado la **Ultima Corte de Apelaciones de Santiago en la causa Rol N° 2400-2017 de fecha 14 de agosto de 2017**, al acoger un recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho, al haber aplicado el tribunal de instancia el artículo 449 del Código Penal a un autor de un delito tentado, acogiendo idénticos argumentos vertidos precedentemente, de manera que en el caso de marras no resulta aplicable la normativa referida al tratarse de un delito de robo en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias en carácter de frustrado.

De esta manera, teniendo el delito de robo en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, efectuado mediante escalamiento, una pena de presidio mayor en su grado mínimo, pero concurriendo una circunstancia atenuante y una circunstancia agravante, el tribunal compensará ambas circunstancias, fijándose el cuántum en el mínimo del grado en atención a la mínima extensión del mal causado, toda vez que se recuperó la especie sustraída y la víctima tampoco presenció el ilícito.

DÉCIMOTERCERO: Que se desestima la declaración del Cabo Primero de Carabineros **Carlos Felipe Alarcón Sepúlveda**, quien expuso que: *“durante este año en la comuna de Las Condes, personal municipal hizo una detención ciudadana.”*; por resultar irrelevante para la decisión de la litis.

DÉCIMO CUARTO: Que no se condenará al acusado al pago de las **costas**, por encontrarse privado de libertad, presumiéndose pobre para los efectos de los artículos 593 y 600 del Código Orgánico de Tribunales.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1º, 7º, 11 N° 9, 12 N° 16 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 21, 22, 24, 25, 26, 29, 50, 74, 76, 432, 440 N° 1, 450 y 449 del Código Penal; artículos 1º, 36, 41, 42, 45, 47, 49, 53, 189, 228, 295, 296, 297, 323, 325, 326, 329, 333, 338, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 347 y 348 del Código Procesal Penal, se declara que:

I. Se **CONDENA** a **RACO PAULINO MELLADO CARDENAS**, ya individualizado, a la pena de **CINCO AÑOS Y UN DÍA, de presidio mayor en su grado mínimo**, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor de un delito de robo en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, en grado de frustrado, previsto y sancionado en el artículo 440 N° 1, en relación con el artículo 432, ambos del Código Penal, perpetrado el día 13 de noviembre de 2021, en la comuna de Las Condes.

II. No reuniéndose los requisitos establecidos en la Ley 18.216, el sentenciado **RACO PAULINO MELLADO CARDENAS** deberá cumplir efectivamente la pena, en el centro penitenciario correspondiente, sirviéndole de abono los días que han permanecido privados de libertad por esta causa de manera ininterrumpida, desde el día de los hechos, esto es, **399 días**, según consta del certificado expedido por el Jefe de Unidad de Causas de este tribunal.

III. No se condena en costas al acusado por los motivos expuestos en el considerando respectivo.

Cúmplase, oportunamente, con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal y remítase una vez ejecutoriada esta sentencia, al Juzgado de Garantía de esta comuna, copias autorizadas del fallo, oficiándose a los organismos pertinentes.

Cúmplase, asimismo, con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley N° 19.970, que creó el Sistema Nacional de Registros de ADN, y requiérase al Servicio Médico Legal a fin de que tome la muestra biológica correspondiente, determine la huella genética del sentenciado y la incluya en el Registro de Condenados.

Rol Único: N°2101023512-7

Rol Interno Tribunal: 101-2022

Dictada por las juezas de este Tercer Tribunal Oral en Lo Penal de Santiago, doña Claudia Santos Silva, doña Carolina Paredes Arizaga y doña Claudia Bugueño Juárez, todas titulares del mismo. No firma la presente sentencia la magistrado Paredes Arizaga por encontrarse en comisión de servicio, no obstante haber concurrido al juicio y decisión.